# III.

# Die Lehre von der eventuellen Eidesdelation und der Gewissensvertretung hiebei nach gemeinem und baierischen Prozeßrecht.

Dargestellt

von

Herrn **Dr. C. Volgiano**,

Privatdozent an der Universität München.

Einleitung.

Die Lehre von der eventuellen Eidesdelation, namentlich die Natur und Wirksamkeit der Gewissensvertretung hiebei, sowie die Zuläßigkeit einer Verwandlung der eventuellen in die primäre Eideszuschiebung und umgekehrt — ist eine von jenen Materien, welche am wenigsten bearbeitet worden sind. Sie ist auch eine der schwierigsten Materien nicht bloß im gemeinen deutschen Civilprozeß, sondern insbesondere auch in jenen Partikularprozeßordnungen [1]), in welchen, wie im baierischen, die strenge, dem gemeinen Recht fremde Vorschrift gilt, daß die Gewissensvertretung den Gebrauch des Eides ausschließt, und daher, wenn sie unzureichend ausgefallen, weder ein Rücktritt zum Haupteid, noch die Auflage eines Notheids zuläßig ist (baier. G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E.) Zwar stellen die neueren Schriftsteller des baierischen Prozesses (Seuffert und Hellmuth) über die Zuläßigkeit und Wirksamkeit der Gewissensvertretung bei eventueller Eidesdelation mehrere (freilich unmotivirte) Grundsätze auf, deßgleichen auch über das Urtheil nach

1) So im österreichischen und preußischen Gesetzbuch. Joseph. G. O. §. 204. Galiz. G. O. §. 276. Preuß. A. G. O. I. 10. §. 255. Deßgleichen im hannöverischen U. G. O. §. 102.

beendigtem Beweisverfahren — allein diese Sätze scheinen mir eben sämmtlich mehr oder weniger anfechtbar zu sein. — Ferner hat Dr. Debes eine schätzenswerthe Dissertation über das Verhältniß des Schiedseides zu den nothwendigen Eiden geschrieben, auf die auch in den neueren Lehrbüchern des gemeinen und baierischen Prozesses durchgängig verwiesen wird. Endlich ist von ihm eine kleinere Abhandlung erschienen in Zurhein's „Zeitschrift für Theorie und Praxis des baierischen Civil- Criminal- und öffentlichen Rechts", welche die Frage behandelt, ob und inwieferne der Deferent den zugeschobenen Haupteid wieder zurücknehmen und seinen Beweis durch andere Probemittel antreten könne. Aber abgesehen davon, daß beide Abhandlungen vor dem Erscheinen unseres jüngsten Prozeßgesetzes vom 17. November 1837 geschrieben sind, und die erste sich überhaupt mit dem baier. Recht nicht befaßt, scheint mir der Hauptsatz der letzteren, daß die einseitige Verwandlung des primären Eidesantrags in einen eventuellen zuläßig sei, unrichtig zu sein, wiewohl derselbe meines Wissens noch nirgendwo angefochten wurde. Ebenso bedarf die Inauguralabhandlung einerseits mancher Berichtigung, indem sie mehrere Sätze aufstellt, gegen die sich gegründete Bedenken erheben lassen, andererseits erschöpft sie den fraglichen Gegenstand durchaus nicht.

Weit entfernt von dem Gedanken, das Dunkel dieser subtilen Materie gänzlich aufgehellt und sie in allen ihren Theilen gesichtet und erschöpft zu haben, gedenke ich vielmehr durch den vorliegenden Versuch bloß einen Beitrag zu liefern zur Berichtigung der Theorie über die eventuelle Eidesdelation und die Gewissensvertretung hiebei.

Folgende Punkte sind es, welche hier zur Erörterung kommen sollen:

I. Kann und inwieferne kann sich der Delat bei eventueller Eideszuschiebung für die Gewissensvertretung erklären, und braucht er sich hiefür zu erklären?

II. Wie ist zu entscheiden, wenn der Delat den eventuell deferirten Eid angenommen, oder referirt, oder gar keine Er-

klärung hierauf abgegeben hatte, und nach durchgeführtem Beweisverfahren ein unverbrauchter Gegenbeweis — sogenannte materielle Gewissensvertretung — vorliegt?

III. Wie ist überhaupt bei eventueller Eidesdelation nach durchgeführtem Beweisverfahren zu entscheiden — gleichviel, ob, wieviel und welche Erklärung der Delat auf den Eid abgegeben, gleichviel, ob, wieviel und zu zu wessen Gunsten bewiesen wurde — wenn kommt es zum Schiedseid, wenn zu einem Notheid, und zu welchem?

IV. Ist es dem Deferenten gestattet, den eventuell deferirten Eid, nachdem der Delat eine Erklärung hierauf abgegeben, oder die betreffende Frist hatte verstreichen lassen, durch Zurücknahme der vorgängigen Beweismittel in einen primär deferirten, und umgekehrt den primär und ausschließlich deferirten Eid durch Einschiebung neuer Beweismittel in einen eventuell zugeschobenen zu verwandeln? — Diese Fragen sollen nun zunächst nach gemeinem Recht, vorzugsweise aber nach jenen Partikularrechten beantwortet werden, in welchen das Institut der Gewissensvertretung mit den Eigenthümlichkeiten vorkömmt, daß weder ein Gegenbeweis, noch die Rückkehr zum Schiedseid zulässig ist, daß sich also der Delat, welcher die Gewissensvertretung gewählt hat, keine Reprobation desselben von Seiten des Deferenten gefallen zu lassen braucht, aber auch die Acceptation oder Relation des Schiedseides nicht vorbehalten darf, ja nicht einmal die Auflage eines Notheides bei theilweise gelungener Gewissensvertretung verlangen kann[2]).

ad I. u. II.

§. 1. Die Dogmengeschichte ist hier sehr kurz. Die Schriftsteller des gemeinen deutschen Prozesses geben über die 1. Frage (die wirkliche Gewissensvertretung betreffend) gar

2) Vergl. Baier. G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. Und zum Theil auch Joseph. G. O. §. 204. Galiz. G. O. §. 276. Preuß. A. G. O. I. 10. §. 255. Hannöver. B. G. O. §. 102. Vorerst sollen die beiden ersten Fragen erörtert werden.

keine, und über die 2. Frage (die materielle Gewissensvertretung anlangend) nur spärliche Auskunft. Bayer lehrt, der eventuell deferirte Eid falle auch dann hinweg, wenn für den Produkten eine materielle Gewissensvertretung in den bisherigen Akten enthalten sei, und bezieht sich in dieser Hinsicht auf Martin §. 187 note i und Gensler's Kommentar hiezu I. S. 320. Ferner bemerkt er (S. 530) unter Bezugnahme auf Gensler's Aufsatz im Archiv I. Bd. S. 159. lit. E.: „die probatio pro exoneranda conscientia muß genau auf den Satz gerichtet werden, welcher beschworen werden sollte. Es darf aber auch nicht etwa dieser Satz, oder das Gegentheil schon durch das bisherige Verfahren juristisch gewiß geworden sein. Denn in diesem Fall ist der Eid bereits überflüssig geworden. Daher ist die Gewissensvertretung unstatthaft, wenn der Eid nun in eventum neben andern gewöhnlichen Beweismitteln zugeschoben wurde und durch den vorhergehenden gewöhnlichen Beweis entweder das „Wahr" oder „Nichtwahr" des Beweissatzes außer Zweifel gestellt wurde." — Gensler lehrt im Archiv a. a. O.: „Gesetzt, der Produkt, dem der Haupteid eventuell angetragen wurde, hätte gegen den anderweitigen Hauptbeweis einen direkten Gegenbeweis geführt, so liege in den faktischen Gegenbeweisgründen für den Produkten eine wahre materielle Gewissensvertretung, es dienen die faktischen Beweisgründe jenes eigentlichen Gegenbeweises als Gewissensvertretung, resp. als vollkommen jenen Eid verhindernd, resp. einen gesetzlichen Eid begründend.

In keinem Fall könnte der Hauptbeweisführer auf dem Gebrauch des Schiedseides bestehen, denn er kann dem Produkten und Reproduzenten das aus der antizipirten Gewissensvertretung erworbene Recht nicht vereiteln. Ein Gleiches tritt ein, wenn der Hauptbeweisführer wider sich selbst bewiesen hat[3])."

Von den Schriftstellern des baier. Prozesses sprechen sich bloß Seuffert und Hellmuth über diese Fragen aus,

---

3) Vergl. auch Debes in der angeführten Inauguralabhandlung §. 5.

alle übrigen ältern und neuern Prozessualisten schweigen hierüber. Seuffert lehrt in seinem Kommentar über baier. G. O. Bd. 3. S. 309. lit. E.

„Bei der eventuellen Eideszuschiebung fällt die Gewissensvertretung mit der (direkten) Gegenbeweisführung zusammen, welche der Delat mit der Erklärung auf die primäre Beweisführung des Deferenten anzutreten hat. Der unternommenen Gegenbeweisführung, resp. Gewissensvertretung, ungeachtet muß hier Annahme oder Zurückschiebung des eventuell deferirten Eides geschehen. Nur wenn — bei gänzlichen Mißlingen der primären Beweisführung — das Ergebniß der Gegenbeweisführung eine vollständige Probe war, wird Delat der Ableistung des eventuell zugeschobenen und acceptirten Haupteides überhoben. —

Hellmuth äußert sich in seinem Kompendium, „der jetzige Lauf des Civilprozesses bei den baier. Untergerichten" S. 130 u. 133. (Note 5), wie folgt:

„Wurde in der Beweisantretungsschrift eventuell der Haupteid deferirt, so hat Delat die erforderliche Erklärung über Annahme oder Zurückschiebung, jedoch ebenfalls nur eventuell abzugeben. Der 3. Weg, nehmlich die Gewissensvertretung durch Beweis, fällt weg, da hier dem Probaten ohnedies der direkte Gegenbeweis vorbehalten ist. Dieser Beweis des Probaten, wenn in ihm auch eine materielle Gewissensvertretung liegt, wird jedoch nach den Grundsätzen des direkten Gegenbeweises beurtheilt; die Folgen des Cod. jud. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E. treten daher nicht ein, wenn die Probe gänzlich oder theilweise mißlungen ist" [4]).

---

4) Demnach scheint es wirklich, als ob Hellmuth die Auflage eines nothwendigen Eides über die unvollständige materielle Gewissensvertretung gestatten wollte. Der folgende Satz S. 135. a. (s. oben) vergewissert uns aber vom Gegentheil, daher die Worte: „Die Folgen der G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. treten daher nicht ein, wenn die Probe ganz oder zum Theil mißlungen ist", restriktive zu interpretiren sind, d. h. bloß sagen wollen, es finde der Rücktritt zum Haupteide statt (nicht aber die Auflage eines Notheides). —

Ferner lehrt er S. 135. note 11. a. „Ist der Beweis durch den Gegenbeweis aufgehoben, so kommt es insolange zu dem eventuell deferirten Haupteid, als nicht eine vollständige materielle Gewissensvertretung vorliegt. Der Satz, daß immer definitive gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen sei, wenn der Gegenbeweis gleichstark oder stärker als der Hauptbeweis ist — v. Beyer S. 603, Puchta der Dienst der deutschen Justizämter §. 226. S. 273. — ist wohl nur abgesehen vom Haupteid als subsidiärem Beweismittel zu verstehen."

Aus diesen mitunter etwas dunklen Bemerkungen Seuffert's und Hellmuth's lassen sich nun, meines Erachtens, folgende Lehrsätze erschließen:

1. Bei der eventuellen Eidesdelation hat der Delat bloß zwei Wege: Annahme oder Relation des Eides, die Gewissensvertretung fällt hinweg, da ihm hier ohnedies der direkte Gegenbeweis vorbehalten ist. Einerseits braucht sich also der Delat gar nicht für die Gewissensvertretung zu erklären, diese Erklärung könnte ihm keinen Vortheil verschaffen, den er nicht schon außerdem hätte [5]), andererseits kann er sich gar nicht einmal für dieselbe entscheiden.

2. Thut er es dennoch, so kann ihm diese Wahl aber auch Nichts schaden (d. h. sie hindert ihn nicht, sich mit Erfolg zugleich für den Eid zu erklären), denn die Gewissensvertretung fällt von selbst mit seiner direkten Gegenbeweisführung zusammen, resp. verwandelt sich in Gegenbeweis. Es ist also die Erklärung für die Gewissensvertretung ein vollkommen nichtiger Akt, und es wird geradeso angesehen, als ob der Delat bloß direkten Gegenbeweis angetreten hätte.

3. Dieser direkte Gegenbeweis erscheint aber als materielle Gewissensvertretung, soferne er nicht zur

---

5) Diesem Satze pflichte ich bei, nicht aber dem unmittelbar vorausgehenden und nachfolgenden! —

Vernichtung des Hauptbeweises aufgegangen war, und es muß sofort definitiv zu Gunsten des Delaten erkannt, und darf nicht auf den eventuell zugeschobenen Haupteid rekurrirt werden, wenn die materielle Gewissensvertretung vollständig ausgefallen ist.

4. War aber die materielle Gewissensvertretung unvollständig gelungen, so darf zwar — abweichend vom gemeinen Recht — auf keinen Notheid erkannt werden, aber es darf auch nicht die strenge Folge der eigentlichen Gewissensvertretung (G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E.), nehmlich die Sachfälligkeit des Delaten, ausgesprochen werden, vielmehr ist auf den Schiedseid zu rekurriren und zu Folge der über denselben früher abgegebenen Erklärung zu entscheiden.

Das sind die Sätze, welche sich aus den Lehren Seuffert's und Hellmuth's über die Gewissensvertretung bei eventueller Eidesdelation konstruiren lassen. Keiner derselben ist jedoch einigermaßen motivirt, jeder aber, mit Ausnahme des 3., mehr oder weniger anfechtbar.

Ich werde nun meine Theorie den obigen Sätzen gegenüberstellen und dann zu rechtfertigen suchen. —

§. 2. Die Grundsätze, welche ich über die Gewissensvertretung bei eventueller Eidesdelation nach gemeinem und baier. Recht aufstellen möchte, sind folgende:

1. Der Delat kann sich, wie bei der primären, so auch bei der eventuellen Eidesdelation, mit oder ohne Antretung eines direkten Gegenbeweises, ausdrücklich für die Gewissensvertretung erklären — A. M. Seuffert und Hellmuth a. a. O. — muß sich aber dann den strengen Erfolgen unterwerfen, welche die baier. G. O. und andere Partikulargesetze für die Gewissensvertretung vorschreiben (d. h. er darf sich nicht weiter mehr auf den Eid erklären und hat auch keinen Anspruch auf einen Notheid, wenn die Gewissensvertretung unvollständig gelingt). A. M. Seuffert und Hellmuth.

2. Auf der andern Seite kann diese Gewissensvertretung dennoch nicht in allen Beziehungen als wahre Gewissensvertretung behandelt werden, und unterscheidet sich daher wesentlich von jener bei der primären Eidesdelation. Denn: a) Der Delat muß hier den betreffenden Beweis innerhalb der ihm zu seiner Erklärung auf die Eidesdelation gegebenen Frist sofort antreten (vgl. Hellmuth S. 129. c. Abs. 2), wozu er bei der primären Gewissensvertretung nicht verpflichtet ist, indem ihm dort eine besondere Frist für den Beweisantritt gegeben werden muß [6]). Ferner: b) Der Delat kann hier vom Deferenten den Gefährdeeid nicht verlangen. Endlich: c) Hat die Gewissensvertretung den beabsichtigten Effekt bloß dann, wenn der Vorbeweis mißlingt, oder der Delat außer der probatio pro exoneranda conscientia noch so viele andere Reprobationsmittel hat, um damit den Vorbeweis gänzlich zu vernichten, fehlt es hieran, so verwandelt sich die Gewissensvertretung von selbst in einen direkten Gegenbeweis, wenn sich auch der Delat gegen diese Verwandlung noch so sehr verwahrt hätte.

3. Uebrigens braucht sich der Delat, wenn er einen direkten Gegenbeweis antritt, gar nicht ausdrücklich für die Gewissensvertretung zu entscheiden. Mißlingt nehmlich der Vorbeweis, oder wird er durch den Gegenbeweis zerstört, so erscheint der angetretene ganze [7]) Gegenbeweis, respective der Theil desselben, welcher nach aufgehobenem Vorbeweis

---

6) Nach gemeinem Recht kann darüber ohnehin kein Zweifel bestehen, aber auch nach baier. Recht, wo die Frage kontrovers ist, hat die Ansicht gewiß den Vorzug, wonach die Antretung der probatio pro exoneranda conscientia nicht an die Frist zur Erklärung auf den Eid gebunden ist. Vgl. Hellmuth S. 128. Note 26.

7) Ebenso erscheint, wenn Hauptbeweis und Gegenbeweis beide vollständig gelingen, und der Richter sich nicht bewogen findet, die Beweismittel des Probanten vorzuziehen, der ganze Gegenbeweis als Gewissensvertretung. Eine Erklärung beider Beweise tritt hier nach meiner Ansicht nicht ein, vielmehr wird der Vorbeweis als mißlungen betrachtet, er wird verworfen. (S. hierüber unter §. 7.) —

noch übrig bleibt, von selbst als materielle Gewissensvertretung. Vergl. von Bayer S. 601. Debes Inauguralabhandlung §. 5. und 8. a. A.

4. Wenn nun auch der Delat auf die materielle Gewissensvertretung rechnet, und in seiner Reprobation voraussichtlich eine solche enthalten ist, so kann er sich dennoch mit Erfolg für eventuelle Annahme oder Relation des Eides erklären. Vergl. Seuffert und Hellmuth a. a. O. Nach gemeinem Recht versteht sich dieser Satz, sowie der folgende (Nr. 5. a—c.) freilich von selbst, weil hier der Delat mit der ausdrücklichen Entscheidung für die Gewissensvertretung die Annahme oder Relation des Eides verbinden darf. Er gilt aber auch nach jenen Partikulargesetzen, wo (wie im baierischen) die obige Verbindung unstatthaft ist.

5. Wenn nun der Vorbeweis als mißlungen zu betrachten ist, weil z. B. die vorgeschlagenen Zeugen als untüchtig verworfen werden mußten, und wenn: a) auch der Gegenbeweis, der jetzt als (materielle) Gewissensvertretung erscheint, unzureichend ausfällt (nicht einmal eine zur Auflage des Purgatoriums geeignete Probe liefert), so darf auch nach baier. Recht die Sachfälligkeit des Delaten nicht ausgesprochen, sondern es muß auf den Schiedseid rekurirt, und zufolge der über denselben früher abgegebenen Erklärung erkannt werden. Wenn aber: b) dieser Gegenbeweis vollkommen gelingt, wenn eine vollständige materielle Gewissensvertretung vorliegt, so muß sofort definitiv zu Gunsten des Delaten erkannt werden (wie wenn er sich ausdrücklich für die Gewissensvertretung entschieden hätte), und zwar gleichviel, ob er auf den Schiedseid eine Erklärung abgegeben hatte oder nicht. Geradeso muß natürlich entschieden werden, wenn nach Zerstörung des Vorbeweises durch den Gegenbeweis von diesem letzteren ein so starker Rest bleibt, daß eine volle Probe für den Delat vorliegt. Vergl. Seuffert und Hellmuth a. a. O. c) Wenn endlich bei mißlungenem oder durch Gegenbeweis paralysirtem Vorbeweis

4*

eine unvollständige Gegenprobe (zum Theil gelungene materielle Gewissensvertretung) in actis liegt, so darf ebensowenig, wie im Fall a, sofort gegen den Delaten entschieden (vergl. Seuffert und Hellmuth a. a. O.) es darf aber auch nicht auf den Schiedseid rekurrirt und zufolge der über denselben früher abgegebenen Erklärung erkannt werden, sondern es ist, je nach dem Resultate des unvollkommenen Beweises, auf einen nothwendigen Eid, Suppletorium oder Purgatorium zu erkennen. A. M. nach baier. Recht Seuffert und Hellmuth a. a. O.

§. 3. Zu Nr. 1. und 2. (im §. 2.)

Wenn auch die Gewissensvertretung dem Delaten der eventuellen Eidesdelation nicht nur nicht zum Nutzen (s. §. 4.), sondern im Gegentheil bloß zum Schaden gereichen kann, so ist doch nicht einzusehen, weßhalb ihm dieser Weg versperrt sein sollte, warum er sich auf Annahme oder Relation des Schiedseides zu beschränken hätte. Ebensowenig läßt sich aber auch, wie mir scheint, ein Grund dafür auffinden, weßhalb hier der Delat, der sich einmal für die Gewissensvertretung entschieden hatte, den nachtheiligen Folgen dieses Schritts enthoben, und wie ein gewöhnlicher Reprobant behandelt werden solle; es läßt sich nicht erklären, warum bei der eventuellen Eidesdelation die Gewissensvertretung immer mit dem direkten Gegenbeweis zusammenfallen, resp. in Gegenbeweis sich verwandeln müsse, warum der unternommenen Gewissensvertretung ungeachtet eine eventuelle Annahme oder Relation des Eides zuläßig und wirksam, warum daher der Delat die Vortheile der Gewissensvertretung genießen sollte, ohne die Nachtheile derselben tragen zu müssen. Daraus, daß der Gegenbeweis bisweilen und in gewisser Hinsicht als Gewissensvertretung wirkt (s. §. 4.), kann doch unmöglich gefolgert werden, daß die Gewissensvertretung immer und in allen Beziehungen als Gegenbeweis behandelt werden müsse. Muß nun auch bei eventueller Eideszuschiebung die Gewissens-

vertretung für zulässig, aber die strenge Folge derselben für unvermeidlich erachtet werden, so bestehen dennoch zwischen dieser Gewissensvertretung und jener bei der primären Eidesdelation sehr bedeutende Differenzen, nehmlich: 1. die als eventuelle Gewissensvertretung eingeführten Beweismittel behalten ihre ursprüngliche Bestimmung nur dann bei, wenn der Vorbeweis des Deferenten gänzlich mißlingt, oder durch einen gleichstarken Gegenbeweis völlig entkräftet wird. Außerdem verwandeln sie sich in Gegenbeweis, und müssen zur Zerstörung des mehr oder minder gelungenen Vorbeweises verwendet werden. Der wahre Grund hievon ist wohl folgender: Nach dem bekannten Eideserspsarungsprinzip darf nur im Nothfall auf einen Eid erkannt werden, wenn es nehmlich an genügendem Beweise fehlt; auf einen Notheid insbesondere bloß dann, wenn ein unvollständiger Beweis vorliegt. Nun liegt aber kein unvollständiger Beweis vor, solange ein — gleichviel, unter welchem Namen — eingebrachter Gegenbeweis vorhanden ist, welcher den Vorbeweis entweder aufreibt, oder (soferne die Reprobatorialmittel zu Gunsten des Probanten lauten) ergänzt, es müssen daher diese, wenngleich als Gewissensvertretung eingeführten und daher für den äußersten Fall vorgebrachten Reprobatorialmittel secundo, resp. primo loco gestellt und zur Vernichtung oder Ergänzung des Vorbeweises verwendet werden. Hier, aber bloß hier, gilt, was Seuffert sagt: „Die Gewissensvertretung fällt mit der Gegenbeweisführung zusammen"; daher ist auch in solchem Falle die Einführung der Reprobatorialmittel als Gewissensvertretung völlig unwirksam, indem letztere von selbst ihre Natur verändert, und sich in Gegenbeweis verwandelt [8]). —

---

8) Setzen wir einmal folgenden Fall: der Haupteid wurde eventuell deferirt. Deferent schlägt einen, Delat 3 Zeugen vor. Letzterer ist überzeugt, daß seine sämmtlichen Zeugen zu seinen Gunsten aussagen werden, hält es daher für überflüssig, den Eid anzunehmen und erklärt sich ausdrücklich für die Gewissensvertretung, und zwar mit 2 Zeugen, während er mit 3

In dem Ebengesagten liegen denn auch die Gründe für die beiden folgenden Unterschiede zwischen der Gewissensver-

---

den Gegenbeweis antritt. Nach durchgeführtem Beweisverfahren zeigt sich aber, daß der Hauptbeweis und ebenso die Gewissensvertretung weniger als halb gelungen, der Gegenbeweis aber gänzlich mißlungen ist. Begreiflich wird nun dem Delaten Alles daran liegen, daß sein Beweis pro exoneranda conscientia nicht mit dem Gegenbeweis und Vorbeweis vermengt werde, weil er dann (nach jenen Partikularrechten, wo kein Rücktritt zum Haupteid stattfindet) sachfällig würde, so aber zum Reinigungseid kommt. Die Gründe, weßhalb dieses nicht angeht, wurden oben entwickelt. Freilich hatte der Delat im vorliegenden Fall durchaus keine Ursache, sich anstatt für den Eid, für die Gewissensvertretung zu erklären (s. §. 4.); aber es lassen sich doch Fälle denken, wo der Delat wirklich ein Interesse hätte, die Gewissensvertretung statt des Gegenbeweises und Eides zu wählen. Nehmen wir z. B. an, der Haupteid wurde eventuell deferirt, der Deferent hat zwei Zeugen, der Delat zwei Reprobatorialzeugen. Die Probatorialzeugen werden voraussichtlich entweder gar keine, oder nur eine halbe Probe liefern, der Delat hofft aber, mit seinen Zeugen einen vollen Beweis zu erbringen, ist jedoch entschlossen, selbst nicht zu schwören. Bei dieser Sachlage hätte er nun allerdings ein Interesse, anstatt einen Gegenbeweis anzutreten und den Eid zu referiren, sich eventuell für die Gewissensvertretung zu entscheiden, wenn wir anders den Fall nach den Prinzipien des gemeinen Prozeßrechts beurtheilen. Er kalkulirt nehmlich folgendermaßen: „Mißlingt dem Deferenten der Vorbeweis, so trete ich mit der Gewissensvertretung hervor, gelingt er ihm aber zur Hälfte, so kommt er zum Suppletorium, und das ist es gerade, was ich wünsche, denn das Suppletorium ziehe ich natürlich dem iuramentum relatum vor, weil ich die Folgen des ersteren durch den Beweis der objektiven Unwahrheit des Beschworenen, die Folgen des letztern aber bloß durch den Nachweis eines absichtlichen perjurii entkräften kann. Würde ich nun meine Zeugen als direkten Gegenbeweis einführen, so würden sie den Vorbeweis paralysiren, und ich müßte daher, um nicht sachfällig zu werden, den Haupteid acceptiren oder referiren, was ich aus obigen Gründen nicht thun will. Bringe ich aber meine Beweismittel als Gewissensvertretung auf die Bahn, so stehen sie nicht primo, sondern secundo loco und kommen daher gar nicht weiter in Betracht, sowie einmal ein, wenn auch nur theilweise gelungener, Vorbeweis da ist." Daß dieser Kalkul unrichtig ist, daß auch hier, wo der Delat ein Interesse hätte, die Gewissensvertretung zu wählen, letztere ihre Natur verändern und sich in Gegenbeweis verwandeln müßte, solange noch ein ungeschwächter Hauptbeweis vorliegt — wurde oben gezeigt, und wenn nicht in abstracto, wie gewisse Schriftsteller

tretung bei der eventuellen und jener bei der primären Eidesdelation. Der Delat kann nehmlich: 2. bei der eventuellen Gewissensvertretung vom Deferenten weder den Gefährdeeid verlangen, noch auch 3. eine besondere Frist zur Antretung seines Beweises pro exoneranda conscientia begehren. ad. 2. Er kann den Gefährdeeid nicht verlangen [9], weil dieser Eid α) der Antretung und Durchführung des Beweises pro exoneranda conscientia nothwendig vorhergehen muß (Baier. G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. [„Vor Antretung dieses Beweises muß aber der Gegentheil zuvörderst das juramentum calumniae separiren"]. Prozeßnovelle v. J. 1819. §. 7), β) vor Durchführung des Beweisverfahrens aber die prozessualische Existenz und Wirksamkeit der Gewissensvertretung in Frage steht, und eventuelle Eidesleistungen bekanntlich unstatthaft sind. ad. 3. Der Delat kann auch keine besondere Frist zur Antretung des Beweises pro exoneranda conscientia verlangen, sondern muß denselben innerhalb der ihm zur Erklärung auf die Eidesdelation gegebenen Frist sofort antreten, weil diese Frist zugleich und zunächst zur An-

---

wollen, so gilt doch in concreto der Satz, daß bei der eventuellen Eidesdelation dem Delaten der Weg der Gewissensvertretung bisweilen verschlossen ist. —

9) Daß der Gefährdeeid bei der primären Gewissensvertretung nach der baier. G. O. verlangt werden konnte, ist klar gesagt in c. 13. §. 2. Nr. 9. Ob er aber seit der Prozeßnovelle v. J. 1819 auch jetzt noch verlangt werden könne, ist eine kontroverse Frage, die jedoch meines Erachtens richtiger bejaht werden dürfte. Zwar sind sämmtliche Prozessualisten mit Ausnahme von Wendts, (s. dessen Handbuch §. 116. vgl. auch die Bl. f. R. A. Bd. 4. S. 93.) der gegentheiligen Ansicht, Hellmuth insbesondere unter Berufung auf die Worte des Prozeßgesetzes v. J. 1819. §. 7. Nr. 1., wo es heißt: „die Bestimmungen der G. O. c. 13. §. 6. über die Kalumnieneide sind aufgehoben, der Eid von Gefährde hat künftig nur in zwei Fällen mehr statt: 1. wenn derjenige, welchem der Haupteid zugeschoben ist, von seinem Gegentheil vorher die Abschwörung des Kalumnieneides verlangt." — Allein gerade nach diesen Worten kann der Delat den Gefährdeeid verlangen, sowie der Haupteid zugeschoben ist, gleichviel (das Gesetz unterscheidet ja nicht), ob und in welcher Art sich der Delat auf den Eid erklärt. —

tretung des direkten Gegenbeweises bestimmt ist, Gewissensvertretung und Gegenbeweis aber, wenn nicht Verzögerungen und Verwirrungen entstehen sollen, nicht hintereinander angetreten und durchgeführt werden dürfen, und zwar um so weniger, als es vor Beendigung des Beweisverfahrens immer noch in Frage steht, ob die Gewissensvertretung nicht ihre Natur ablegen und als Gegenbeweis erscheinen werde.

§. 4. Zu Nr. 3.

Wie die Gewissensvertretung bisweilen mit der Gegenbeweisführung zusammenfällt, resp. als Gegenbeweis wirkt, wie nehmlich der Vorbeweis gelungen und kein, oder kein genügender, Gegenbeweis angetreten war, ebenso fällt umgekehrt auch die Gegenbeweisführung bisweilen mit der Gewissensvertretung zusammen, oder besser gesagt, wirkt als Gewissensvertretung (ohne daß sich der Delat für letztere zu entscheiden brauchte), wenn nehmlich der Vorbeweis mißlungen wäre, oder durch einen Theil des Gegenbeweises entkräftet wurde. Ohne Zuthun des Delaten verwandelt sich, wie wir oben gesehen haben, die Gewissensvertretung in Gegenbeweis; geradeso verwandelt sich aber auch der Gegenbeweis in Gewissensvertretung! Der Grund ist hier wie dort derselbe. Auf den Schiedseid darf nur im Nothfall rekurrirt werden, wenn nehmlich weder für den Deferenten, noch für den Delaten ein ausreichender Beweis vorliegt. Ist nun aber für den Delaten eine volle, zur Zerstörung des Hauptbeweises unverbrauchte Probe erbracht, so dient diese zum Schutz gegen den Eid, dieser mag nun acceptirt, referirt oder pro recusato zu halten sein; denn wie kann man den Delaten noch mit einem Eid beschweren, wenn er dasjenige, was er, oder dessen Gegentheil der Relat beschwören soll, bereits vollständig bewiesen hat?! Wie kann man ihn für sachfällig erklären, wenn er über den Satz, worüber er den Eid refusirt, eine volle Probe geliefert hat? — Es scheint somit der 3. Satz (des §. 2.) vollkommen gerechtfertigt, daß nehmlich bei mißlungenem oder durch Ge-

genbeweis unwirksam gemachter Hauptbeweis dem ganze Gegenbeweis, resp. der nach aufgehobenem Vorbeweis noch restirende Theil desselben, von selbst als Gewissensvertretung wirkt, daß sich also der Delat, wenn er einen direkten Gegenbeweis antritt, gar nicht ausdrücklich für die Gewissensvertretung zu entscheiden braucht. Man kann diese Gewissensvertretung, die ursprünglich als Gegenbeweis eingeführt wurde, zum Unterschiede von der eigentlichen und wahren Gewissensvertretung die materielle nennen. —

§. 5. Zu Nr. 4 u. 5. a. u. b.

Nach gemeinem Recht können diese Sätze durchaus nicht in Zweifel gezogen werden, weil hier der Delat ausdrücklich die Gewissensvertretung wählen und sich doch zugleich die Annahme oder Relation des Eides eventuell vorbehalten kann. Nach baier. Recht und mehreren andern Partikularprozeßordnungen gilt aber die dem gemeinen Recht fremde Vorschrift, daß die Gewissensvertretung keinen Rücktritt zum Eid zuläßt, und daß, wenn sie mißlungen, oder auch nur unvollständig ausgefallen ist, die Sachfälligkeit des Delaten ausgesprochen werden muß (baier. G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9).

Diese strengen Bestimmungen müssen nun aber Modifikationen erleiden bei der eventuellen Eidesdelation und der hier vorkommenden materiellen Gewissensvertretung. Hatte hier der Delat nicht die Gewissensvertretung gewählt, sondern den Schiedseid angenommen, oder zurückgeschoben, und es liegt: a) eine unzureichende materielle Gewissensvertretung in actis, so darf nicht (nach G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9.) definitiv gegen den Delaten erkannt, sondern es muß auf den Schiedseid rekurrirt und nach der auf denselben früher abgegebenen Erklärung entschieden werden.

Ist aber: b) eine vollständige materielle Gewissensvertretung in den Akten so darf nicht auf den Schiedseid rekurrirt, sondern es muß definitiv zu Gunsten des Delaten entschieden werden.

Ist endlich: c) eine **zum Theil gelungene** materielle Gewissensvertretung in den Akten, so darf ebensowenig, wie im Fall $\alpha$) gegen den Delaten entschieden, es darf aber auch nicht $\beta$) auf den Schiedseid rekurrirt werden, sondern es ist ein Nothеid, Suppletorium oder Purgatorium aufzulegen (die vollständige Motivirung **dieses** Satzes s. im. folg. §. 6).

**Das Dasein einer unzureichenden materiellen Gewissensvertretung steht also der Wirksamkeit eventueller Eidesannahme nicht im Wege** (a): **umgekehrt steht aber auch die eventuelle Erklärung auf den Schiedseid der Wirksamkeit einer ausreichenden materiellen Gewissensvertretung nicht entgegen!** (b). — ad. b) Der 2. Satz ist schon oben motivirt worden (s. §. 4).

Was oben: ad. a) (und ad. c. a.) den 1. Satz anbelangt, so ist der Grund dieser scheinbaren Anomalie darin zu suchen, daß die **materielle** Gewissensvertretung einmal a) **gar keine wahre Gewissensvertretung ist**, indem sie ja der Delat gar nicht als Gewissensvertretung, sondern nur als Gegenbeweis eingeführt hatte, ihr Dasein also nicht von der Erklärung des Delaten beim Beweisantritt, sondern vom Ergebniß des Produktionsverfahrens herrührt, und dann b), daß der Delat bei eventueller Eideszuschiebung in die Nothwendigkeit versetzt ist, außer der Erklärung für den Eid einen Beweis anzutreten, dessen Resultate er dann begreiflich nicht in seiner Hand hat. Denn kann er im Voraus wissen, welches Ergebniß seine Reprobatorialmittel im Zusammenhalt mit dem Vorbeweis liefern werden, kann er im Voraus bemessen, ob und wie weit sie zum Gegenbeweis nothwendig sind, ob und welche Gewissensvertretung durch sie hergestellt wird? — Wurde der Schiedseid eventuell referirt, so ist der Delat gezwungen, wenn er nicht der Gefahr sich aussetzen will, sachfällig zu werden, einen direkten Gegenbeweis anzutreten, **und** sich zugleich eventuell auf den Eid zu erklären, ersteres zum Schutz gegen den Vorbeweis, letzteres zum Schutz gegen die Annahme der Eidesrekusation; denn wenn der Vor-

beweis nur einigermaßen gelingt, so wird er ja sachfällig, wenn kein Gegenbeweis zu seiner Vernichtung und außerdem keine Erklärung auf den Eid da ist. Mißlingt aber der Vorbeweis (und gelingt der Gegenbeweis), oder bleibt von dem letzteren nach Vernichtung des Vorbeweises noch ein ausreichendes Mehr übrig, welches volle Probe für den Delaten macht, so erscheint die Eidesannahme oder Relation freilich überflüssig, weil jetzt eine gelungene Gewissensvertretung in actis liegt. Wenn jedoch der Gegenbeweis bei Vernichtung des Vorbeweises völlig aufgerieben wurde, oder der unverbrauchte Rest keine genügende Probe für den Delaten darstellt, dann ist wieder die Erklärung auf den Eid nothwendig, weil der Delat ohne sie sachfällig würde. Könnte nun der Delat im Voraus wissen, ob und wie weit seine Reprobation als Gegenbeweis, oder als Gewissensvertretung wirken werde, könnte man ihm bei der eventuellen Eidesdelation die Gefahr und die Folgen einer unzureichenden materiellen Gewissensvertretung geradeso zurechnen, wie bei der primären Eideszuschiebung die Gefahr und die Folgen einer mißlungenen wirklichen Gewissensvertretung, dann freilich wäre ein Rücktritt zum Schiedseid unstatthaft, also die vorausgegangene Erklärung hierauf unwirksam; da aber der Delat das einmal nicht vorausbemessen kann, und er sicher unterlassen haben würde, einen Gegenbeweis anzutreten, oder alle seine Reprobatorialmittel zu benennen, hätte er wissen können, daß dieselben als unzureichende Gewissensvertretung figuriren, und ihm die Sachfälligkeit zuziehen werden, so muß man ihm gestatten, auch in dem Fall seine Zuflucht zum Schiedseid, je nach der früher hierüber abgegebenen Erklärung, zu nehmen, wenn eine mißlungene materielle Gewissensvertretung in actis liegt. —

Es kann sich also der Delat mit voller Wirksamkeit für Acceptation oder Relation des Schiedseides erklären, wiewohl sein Gegenbeweis voraussichtlich hinreichenden Stoff zu einer (materiellen) Gewissensvertretung enthält, ja er muß sich wohl hiefür erklären, wenn er sich nicht der Ge-

fahr der Sachfälligkeit aussetzen will. Sowie er sich aber ausdrücklich die Gewissensvertretung vorbehalten wollte, müßte er nach G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E. auf die Eidesacceptation oder Relation Verzicht leisten.

§. 6. Zu Nr. 5. c.

Vorhin wurde nachgewiesen, daß eine unzureichende materielle Gewissensvertretung dem Delaten nicht präjudiziren könne, daß die strengen Wirkungen der eigentlichen Gewissensvertretung (G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E.) hier, bei der materiellen, unmöglich in Anwendung gebracht werden können, wenn man nicht die Rechte des Delaten aufs Gröbste verletzen will, und daß daher in solchem Fall nicht definitiv gegen den Delaten erkannt werden könne, sondern auf den Schiedseid rekurrirt werden müsse. Dies ist auch die Meinung der Autoren (Seuffert und Hellmuth), und ich habe dieselbe im vorigen Abschnitt weitläufig zu motiviren versucht. Beide Schriftsteller gehen aber noch einen Schritt weiter, und behaupten, daß selbst dann auf den Schiedseid rekurrirt werden müsse, wenn die materielle Gewissensvertretung fast halb, oder auch mehr als halb gelingt — wogegen ich jetzt zu zeigen versuchen werde, daß die materielle Gewissensvertretung überhaupt nicht als Gewissensvertretung angesehen werden kann, und daß daher der Auflage eines Notheides im obigen Fall durchaus kein Hinderniß im Wege stehen dürfte.

Nach gemeinem Recht kann der Satz ohnehin nicht in Zweifel gezogen werden, weil dort auch die eigentliche Gewissensvertretung den Gebrauch der Notheide nicht ausschließt. Vgl. Debes a. a. O. §. 5. Bayer S. 601. Auf dem Gebiete des baier. Rechts — und jenen Partikularprozeßordnungen, wo eine unvollständig gelungene Gewissensvertretung einer vollständig mißlungenen gleichzuachten ist (s. Einleitung Note) — möchte ich aber folgende Gründe für meine von der Ansicht der obigen Autoren abweichende Meinung aufstellen:

Zuvörderst ist die Natur der Gewissensvertretung, wie

sich diese im baier. Prozeß darstellt, ins Auge zu fassen. Die Gewissensvertretung erscheint hier, wenn wir auf den summarischen Prozeß v. J. 1616 zurückgehen (worauf auch die Anmerkung zu unserer Stelle c. 13. §. 2. Nr. 9 lit. F. verweisen), als eine Art der Eidesrekusation. Es heißt dort im Tit. 7. Art. 20.

„— — Soll derjenige, welcher also gewiesen oder noch weisen will, zum Aid unverbunden, doch wo ihm auf seine Weigerung hernach an der Weisung gebräche, als dann der Weg des Anbots oder Leistung des Aids gar benommen sein." Und die G. O. sagt:

„Ist oben die Probe (pro exoneranda conscientia) nur halb, oder gar nicht gemacht, oder wieder darauf corrumpirt worden, so wird der Eid pro recusato gehalten und hat die Zurückschiebung desselben ohnehin nicht mehr statt."

Wenn also die Gewissensvertretung mißlingt, so findet abweichend vom gemeinen Recht kein Rücktritt zum Eid mehr statt. Die ratio legis, wie wir aus Baron Schmid's Kommentar (Note 22) entnehmen, ist keine andere, als weil der Delat durch die Gewissensvertretung unzweideutig zu erkennen gab, daß er in der Sache weder selbst schwören, noch auch den Deferenten zum Schwur kommen lassen wolle. Die Gewissensvertretung involvirt daher eine Vereinigung des Eideffekts, und es erscheint also ganz folgerichtig, daß in der G. O. ein unvollständig gelungener Beweis pro exoneranda conscientia einem vollständig mißlungenem gleichgeachtet, und demnach auf ein juramentum necessarium (a) ebensowenig erkannt, als auf den Schiedseid (b) rekurrirt werden darf [10]).

Nach diesen sehr strengen Normen kann nun aber, wie ad. b) bereits im §. 5. gezeigt wurde — die materielle Gewissensvertretung, welche bei der eventuellen

10) Darf aber das Letztere geschehen (s. oben §. 5.), so ist überall nicht abzusehen, warum nicht vielmehr das Erstere geschehen darf! (s. Nr. 2. unten).

Eidesdelation vorkömmt, nimmermehr behandelt werden. Denn 1. ist diese ja gar keine eigentliche Gewissensvertretung! — Der Name sagt es ja schon, daß Gewissensvertretung ein Mittel sei, dem Eid auszuweichen, und unsre einheimische Gesetzgebung betrachtet sie nicht als einen vorgängigen Versuch, den Eid entbehrlich zu machen, sondern als ein Mittel, wodurch er gänzlich und für immer zurückgewiesen wird. Verweigert dann aber der Delat bei der eventuellen Eidesdelation den ihm angebotenen Eid, oder will er ihn durch Herstellung eines andern Beweises entbehrlich machen? — Im Gegentheil, er erklärt sich für Acceptation oder Relation desselben (natürlich eventuell), und muß sich auch darüber erklären, will er nicht sachfällig werden (s. oben §. 5). Allerdings tritt er einen Gegenbeweis an, allein nicht pro exoneranda conscientia, sondern zum Schutz gegen den Vorbeweis. Gelingt ihm nun dieser Gegenbeweis, und wird er zur Zerstörung des Vorbeweises gar nicht, oder nur zum Theil vernutzt, so ist das eben ein unverbrauchter Gegenbeweis, eine materielle Gewissensvertretung, aber gewiß keine formale, also auch keine wahre und eigentliche Gewissensvertretung! — Denn: a) der Delat hatte sie ja in seiner Erklärung auf die gegnerische Beweisvertretung und Eideszuschiebung gar nicht als Gewissensvertretung benannt, und konnte sie auch gar nicht als solche benennen, weil er den Eid acceptirt oder referirt hatte. Sie taucht vielmehr erst in der Folge, am Ende des Beweisverfahrens, als Gewissensvertretung auf, verdankt also ihr Dasein nicht schon dem Beweisantritt, sondern erst dem Produktionsverfahren, nicht der Willkür des Delaten, sondern dem Zufall! — Sodann kömmt ihr auch: b) die Hauptwirkung der Gewissensvertretung gar nicht zu. Denn abgesehen davon, daß hier der Delat den Gefährdeeid gerade so wenig wie bei der eventuellen eigentlichen Gewissensvertretung verlangen kann, weil dieser Eid der Antretung und Durchführung der Gewissensvertretung vorhergehen muß (nach G. O. c. 13.

§. 2. Nr. 9. Nov. v. J. 1819. §. 7.) — so darf auch, wenn die materielle Gewissensvertretung unzureichend ausgefallen war, die Sachfälligkeit des Delaten nicht ausgesprochen werden, wie das bei der primären sowohl als eventuellen wahren Gewissensvertretung geschehen muß — vielmehr ist auf den Schiedseid zu rekurriren, und nach der über denselben früher abgegebenen Erklärung zu erkennen, wie ich bereits im §. 5. gezeigt habe.

Und nun frage ich: Kann der Beweis eine Gewissensvertretung sein, der eine wirksame Eidesannahme im Gefolge hat, der nicht als Gewissensvertretung eingeführt und einführbar, erst am Ende des Beweisverfahrens als solche erscheint, somit ein Ergebniß des Zufalls, nicht der Willkür des Delaten ist, der dann den Rücktritt zum Schiedseid zuläßt, folglich mit einem Effekt versehen ist, welcher mit der Gewissensvertretung schlechterdings unvereinbar ist?! — Nicht eine Gewissensvertretung, sondern ein unverbrauchter Gegenbeweis ist es, der auf einmal als Gewissensvertretung figurirt, weil der eventuell deferirte Eid nach mißlungenem Vorbeweis in einen primär deferirten sich verwandelt hat, und der nur die Wirkung mit der wahren Gewissensvertretung gemein hat, daß, im Fall seines Gelingens, der Delat gegen die Auflage des Schiedseides geschützt ist (s. §. 4.), nicht aber auch die Wirkung, daß, im Fall seines Mißlingens, dem Delaten der Rekurs zum Schiedseid verschlossen ist (§. 5.). Die Gegner selbst geben dieses zu, und wenn sie weiter behaupten, daß ein unvollständiges Gelingen dieses Gegenbeweises natürlich ebensowenig als das gänzliche Mißlingen die Sachfälligkeit des Delaten zur Folge haben könne, vielmehr auch dann der Rücktritt zum Schiedseid offen stehe — so frage ich: warum der Rücktritt zum Schiedseid (nach der früher hierüber abgegebenen Erklärung), warum nicht lieber, je nach dem Resultate des Gegenbeweises, die Auflage eines Notheides, des Suppletoriums oder Purgatoriums? — Mit welchem Recht kann die-

sem Gegenbeweis, der gar keine Gewissensvertretung ist, die strenge Wirkung der Gewissensvertretung vindizirt werden, wonach ein über die Hälfte gelungener Beweis einem völlig mißlungenen gleichzuachten ist? — Und nun knüpfe ich wieder an das im Eingang dieser Erörterung über die Natur der Gewissensvertretung Bemerkte an, und führe zur Unterstützung des zu beweisenden Satzes, bei der eventuellen Eidesdelation sei, je nach dem Resultate des zur Vernichtung des Vorbeweises unverbrauchten Gegenbeweises auf einen nothwendigen Eid [11] zu erkennen — noch folgende Beweisgründe auf:

2) Bei der eigentlichen Gewissensvertretung hat die strenge Vorschrift, eine unvollständige Beweisführung des Delaten ziehe dessen Sachfälligkeit nach sich, ihren guten Grund; denn verbietet man dem Delaten den Rücktritt zum Schiedseid, weil in der Gewissensvertretung eine Rekusation des Eides gesehen wird (s. oben), so muß man konsequent auch das Suppletorium und Purgatorium ausschließen, weil ersteres in seinem wesentlichen Inhalt mit dem acceptirten, letzteres mit dem referirten Schiedseid, wenigstens in der Regel, zusammenfällt. Bei der s. g. materiellen Gewissensvertretung darf man aber die Sachfälligkeit des Delaten nicht aussprechen, wenn dieser den Haupteid eventuell acceptirt oder referirt hatte (was man ihm unabweislich erlauben muß; s. oben §. 1. Nr. 4. und §. 5). Gestattet man aber einmal dem Delaten den Rücktritt zum Schiedseid, was steht dann im Wege, noch einen Schritt weiter zu gehen, und statt des Haupteides — zur Ergänzung oder Vernichtung des unvollständigen Gegenbeweises (der materiellen Gewissensvertretung) — einen nothwendigen Eid aufzulegen, da es dann doch einmal zum Schwur kommen soll? — Die Vorschrift der G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E. steht gewiß nicht im Wege, weil die sogenannte materielle Gewissensvertretung gar keine wahre Gewissensvertretung ist (wie

11) Auf welchen Notheid? hierüber vgl. §. 8. unten.

sub. Nr. 1. weitläufig erörtert wurde), und überdieß die ratio des obigen Gesetzes hier gar nicht zutrifft.

3. Anomale Vorschriften sind strictissime zu interpretirne: die Vorschrift der G. O. c. 13. §. 2. Nr. 9. a. E. ist eine solche anomale Bestimmung; denn der Gebrauch der richterlichen Nothеide bei der wahren Gewissensvertretung, wie bei der uneigentlichen, der s. g. materiellen, ist von den Schriftstellern über gemeinen Prozeß, im Einklang mit der Natur der Sache, allenthalben angenommen — (vergl. Martin §. 228. Linde Lehrbuch §. 308. Bayer S. 532; und in Bezug auf die materielle Gewissensvertretung: Debes a. a. O. §. 5.) — und wenn ihn daher auch unsere einheimische Gesetzgebung bei der erstern verbietet, so ist er deßhalb noch lange nicht bei der letztern abgeschnitten.

Im Gegentheil ist: 4. der Gebrauch der richterlichen Notheide, wenn nicht den Worten, so doch dem Geist des jüngsten Prozeßgesetzes, der Novelle v. 17. November 1837, §. 41 und 42., vollkommen entsprechend.

Setzen wir den Fall, der Delat habe auf die eventuelle Eideszuschiebung gar keine Erklärung abgegeben, und die Zeugen des Deferenten liefern zu Gunsten des Delaten einen mehr als halben Beweis (materielle Gewissensvertretung), wie ist zu entscheiden? Es heißt in §. 42. der Novelle:

„Wenn in der Beweisantretung mit andern Beweismitteln zugleich die eventuelle Eideszuschiebung benannt wird, der Gegentheil aber eine Erklärung darauf abzugeben versäumt, so ist dessen ungeachtet mit der Vollführung des Beweises durch die andern Beweismittel zu verfahren und nach deren Ergebniß das Erkenntniß zu fassen. Nur wenn gar Nichts erwiesen worden, tritt die Annahme der Eidesverweigerung als Folge des Ungehorsams ein."

Nun ist aber Etwas erwiesen, und noch dazu ein fast vollständiger Beweis zwar nicht für den Deferenten, aber für den Delaten; wäre es nicht wider den Wortlaut, wenigstens

wider den Geist des Gesetzes, wäre es nicht auch höchst unbillig, die Sachfälligkeit des Delaten auszusprechen? Hätten jene Zeugen für den Deferenten weniger als halben Beweis geliefert, so müßte nach §. 42. der Novelle dem Delaten das Purgatorium gegeben werden; mit welchem Recht kann der Delat für sachfällig erklärt werden, wenn jene Zeugen für ihn mehr als halbe Probe machen? Hat er im ersten Fall ein Recht aufs Purgatorium, so muß er im zweiten Fall auch vielmehr ein Recht aufs Suppletorium haben. Mir scheint daher, daß der §. 42. der Novelle v. J. 1837 ein sehr gewichtiges Argument für die von mir aufgestellte und vertheidigte Entscheidung darbiete. Was dann von dem Falle gilt, wenn der Delat die Erklärung auf den Eid versäumte, muß konsequent auch vom umgekehrten Fall gelten. Es sagt auch der §. 41. der Novelle, daß die eventuelle Eideszuschiebung „nur in der Art stattfinde, daß von dem Eid dann Gebrauch zu machen sei, wenn durch die andern Beweismittel Nichts erwiesen worden."

Mit der eventuellen Zuschiebung des Eides und der darauf erfolgten Erklärung ist unter den Parteien ausgemacht (s. §. 8. Nr. 1.), es solle nur dann zum Haupteid kommen, wenn der vorgängige Beweis gar kein Resultat liefern würde. Es darf also auf den eventuellen Eid insolange nicht rekurrirt werden, als ein Beweis vorliegt, der zur Auflage eines richterlichen Notheides hinreicht. Gilt dieser Satz, wenn der Beweis zu Gunsten des Deferenten geführt worden, warum soll er nicht auch dann gelten, wenn der Beweis zu Gunsten des Delaten ausgefallen ist?! Das Gesetz unterscheidet nicht — dürfen wir es [12]? — (Zugegeben

12) Wenn auch, jedoch unzugegeben nach der G. O. c. 13. §. 2. Nr. 3. der Gebrauch der Notheide bei der eventuellen Eidesdelation in Zweifel gezogen werden könnte, so kann er es gewiß nicht mehr nach der Prozeßnovelle v. J. 1837; und wenn daher auch die materielle Gewissensvertretung, wie die eigentliche, nach der G. O. keinen Notheid zulassen sollte, so ist diese strenge Bestimmung durch die Novelle gewiß in die engsten Grenzen, d. h. aufs Gebiet der eigentlichen Gewissensvertretung, eingeschränkt worden. —

auch, der Gesetzgeber habe an den letztern Fall gar nicht gedacht, so sind deßhalb auf ihn die §§. 41 und 42 der Novelle nicht weniger anwendbar, schon ihrem Wortlaute, wenigstens aber ihrem Geiste nach)!

---

# IV.

# Würdigung des Entwurfes eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland, welchen die durch das Reichsministerium der Justiz niedergesetzte Kommission veröffentlicht hat.

Von

Herrn Dr. **C. H. L. Brinckmann,**

Dozent der Rechte und außerordentl. Mitglied des Spruchkollegiums an der Universität zu Heidelberg.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XV. im vorigen Band.)

---

## Der zweite Titel.

Von der Form der Verträge und von den Beweismitteln in Handelssachen überhaupt, und von den Handelsbüchern insbesondere.

Der erste Abschnitt desselben führt die Ueberschrift: **Von der Form der Verträge und von den Beweismitteln in Handelssachen überhaupt.**

Der Art. 1. sagt: „In Handelssachen ist die Giltigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung nicht bedingt."

„Ausnahmen von dieser Regel finden nicht statt, so weit sie nicht durch das gegenwärtige Gesetzbuch bestimmt sind."

Es muß ein Grundsatz des Handelsrechts sein, daß zur Giltigkeit der Handelsgeschäfte in der Regel keine Förmlichkeiten erforderlich sind. Um dieses auszusprechen, genügt es aber nicht, daß man bloß die schriftliche Abfassung als nicht erforderlich für die Giltigkeit bezeichnet. Unsere Partikular- und Lokalgesetze verlangen bisweilen noch andere Förmlich-